DER PRIVATRECHTLICHE SCHUTZ

der Fischereiberechtigten in öffentlichen Flüssen

GEGEN

VERUNREINIGUNG DES FISCHWASSERS

durch die Abwässer der chemischen Fabriken

NACH GEMEINEM RECHTE.

INAUGURAL - DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOCTORWÜRDE

EINER

HOHEN JURISTISCHEN FACULTÄT DER K. UNIVERSITÄT ERLANGEN

VORGELEGT VON

ALFRED OPPENHEIMER

RECHTSPRAKTIKANT.

WÜRZBURG.

DRUCK DER STAHEL'SCHEN K. HOFBUCHDRUCKEREI.

1896.

Seinem

lieben Vater

gewidmet.

Inhalt.

I. Wasserrecht.
II. Fischereirecht.
III. Privileg und staatliche Concession.
IV. Rechtsmittel zum Schutze des Fischereirechtes.

I.

Das Wasserrecht.

Der Menschheit in ihrer Urperiode, den wilden nomadisirenden Völkerrotten ist der Begriff des Eigentumes fremd. Einen anderen Erwerb als den von Nahrungsmitteln kennen sie nicht und auch diese werden nur von der Hand in den Mund genossen, aber nicht für einen späteren Genuss in Verwahrung genommen.[1]) Die erste Nahrungsart ist Jagd und Fischfang,[2]) denn nirgends bietet wohl die Natur von selbst genug Früchte zum Leben dar. Ein jeder gewinnt sich aus Wald und Fluss seinen täglichen Unterhalt und — wird er hierin gestört — so kommt es zum Kampf, es entscheidet die rohe Kraft, nicht das Recht.

Die fortschreitende staatliche Entwicklung, die allmähliche Organisation dieser Menschenrotten zu einem geordneten Volks-Ganzen brachte auch die Entstehung eines Eigentumes mit sich, zunächst allerdings nur eines aus gemeinsamer Benutzung hervorgehenden Kollektiveigentumes des ganzen Volksstammes. Und zwar beginnt schon im Zustande des Hirtenlebens der Begriff des Grundbesitzes

---

1) *Lippert* Kulturgeschichte 1886, Bd. II S. 88, 89.

2) *Rotteck*, Allgemeine Geschichte 1832, Bd. I. S. 69.

zu keimen, indem das Weideland, auf dem die Herden grasen, vom Volksstamm gegen Eingriffe verteidigt und als nur ihm gehörig betrachtet wird.[1]) Von einem wirklichen Eigentum kann hier allerdings noch nicht gesprochen werden, da jeweils nach kurzer Ausnutzung eines Landstriches der Volksstamm weiter zog und neuen Boden in Besitz nahm. Aber während das Weideland vom Volke genutzt wurde, fand die Verteidigung doch schon in dem Bewusstsein eines Rechtes an dem in Besitz genommenen Grund und Boden statt.

Solange die Volksstämme nomadisierten, wurden Feld und Acker gemeinschaftlich genutzt.[2]) Als sie aber sesshaft wurden und auf einen Bodenstrich sich für immer beschränken mussten, zwang Hand in Hand mit dem fortschreitenden Ausbau der staatsrechtlichen Entwicklung schon die im Laufe der Zeit durch die ungeordnete gemeinschaftliche Bebauung gefährdete Ertragsfähigkeit von Grund und Boden zu einer geregelten Bewirtschaftung und nötigte zunächst zur Einzelbenutzung.

Während man dann aber anfänglich strenge darauf hielt, dass der Einzelnutzniesser periodisch sein Grundstück wechselte, und dadurch den Uebergang vom blossen Nutzgenuss zum Eigentum verhinderte, wurde später diese Auswechslung der Grundstücke in immer längeren Zeiträumen vorgenommen und hörte zuletzt ganz auf. Damit war auch

---

[1]) *Laveleye* „Das Ureigentum" übersetzt von *Bücher*, S. 4.

[2]) *Hanssen* »Agrarhistorische Abhandlungen.« S. 9. *Kohler* in »Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung.« Bd. 23, S. 25.

die letzte Schranke für das Entstehen des Einzeleigentumes hinweggeräumt.

Ein interessanter Beleg für diesen Entwicklungsgang findet sich im jüdischen Recht. Als sich das jüdische Volk nach der Nomadenzeit in der Wüste in sesshaften Wohnsitzen niederliess, wurde das Land zwar unter die Einzelnen verteilt, aber nur zum Nutzgenuss, und musste nach siebenjähriger Bebauung wieder zurückgegeben werden. Als Eigentümer des gesammten Grund und Bodens figurierte die Gottheit.[1]) Das jüdische Volk war eben noch zu unbändig und gewaltthätig, um ein nur ideelles Eigentum des ganzen Volksstammes am Grund und Boden anzuerkennen und zu Gunsten eines solchen den Wechsel in der Landverteilung vorzunehmen. Desshalb versinnbildlichte ihm sein grosser Gesetzgeber den Gedanken, dass der Einzelne nur Nutzniesser, nicht Eigentümer des Grund und Bodens sei, durch die Fiktion des göttlichen Eigentumes. Aber auch hier verschwand mit der Zeit die Einhaltung des Jobeljahres und damit unterblieb auch der siebenjährige Wechsel in der Landverteilung, sodass aus dem blossen Nutzgenuss wirkliches Eigentum wurde.

Diese Entwicklung vom Communismus zum Einzeleigentum hat mit wenigen Ausnahmen auch in ganz Europa stattgefunden;[2]) so ist sie auch in der griechischen, römischen und germanischen Culturgeschichte zu finden.

---

[1]) Siehe 3. Buch Mosis, Cap. 25, Vers 23: »Und das Land werde nicht vergeben auf immerdar, denn mir ist das Land, Mietlinge und Nutzniesser seid Ihr mir.«

[2]) Freilich vertreten auch viele Autoren die entgegengesetzte Ansicht, dass nämlich das Einzeleigentum der primäre Zustand gewesen

Der sogenannte Kommunistenstaat auf Lipara, ebenso die Lykurgische Verfassung, welche den Einzelbesitz an Grund und Boden verbietet, sind Beweise von kommunistischen Zuständen.

Auch bei den Germanen bestand ursprünglich kein Privateigentum an Grundstücken. [1])

Von den Sunben berichtet *Cäsar* noch, dass sie ein nomadisierender Volksstamm waren, von Jahr zu Jahr ihren Niederlassungsort wechselten und dass Grund und Boden gemeinsam von der Gemeinde genutzt wurde. [2]) Es kann also hier noch nicht einmal von einem Gesammteigentum, sondern nur von Gesammtnutzung an Grund und Boden gesprochen werden, da ja das Ackerland nur immer ein Jahr lang vorübergehend bebaut wurde. Dagegen finden wir bei den übrigen germanischen Völkern, welche schon sesshaft waren, ein — wenn auch blos ideelles — Eigentum der Gemeinde am Grund und Boden, indem der princeps den einzelnen gentes eine Parcelle des gemeinsamen Grundbesitzes zur Bebauung anwies [3]), aber auch hier noch wurden die einzelnen gentes alljährlich zum Wechseln ihres Feldteiles gezwungen. Hier ist also schon die regellose gemein-

---

sei und erst später eine Vereinigung zur Feldgemeinschaft stattgefunden habe z. B. *Thaer* Leitf. zur allgem. landwirtschaftl. Gewerbslehre S. 145 ff.

[1]) *Grimm* Rechtsaltertümer Bd. II S. 495, *Roscher* Nationalökonomik des Ackerbaues S. 201.

[2]) *Schröder* deutsche Rechtsgeschichte § 10, *Caesar* Bell. Gall. IV c. 1: Sed privati ac separati agri apud eos (*Suebos*) nihil est, neque longius anno remonere ono in loco incolendi causa licet.«

[3]) Bellum gall. VI cap. 22.

same Benutzung durch den ganzen Volksstamm verschwunden und nur noch die einzelnen Sippen üben unter sich gemeinschaftliche Bebauung, aber immer noch ist man ängstlich bemüht, das Aufkommen des Einzeleigentumes zu unterdrücken.

Zu Tacitus Zeit dagegen, wo die Germanen schon ein volles Jahrhundert der Ansässigkeit hinter sich hatten, hatte sich der Übergang wenigstens zur Einzelbenutzung nahezu vollzogen. Zwar wird das Ackerland immer noch ab universis in vices[1]) in Besitz genommen, aber dann an die einzelnen Haushaltungen verteilt. Aber selbst da noch blieb die kommunistische Grundidee der Feldgemeinschaft, dass der Einzelne nur Nutzniesser seiner Ackerländereien sei, die Gemeinde aber das Eigentumsrecht an der ganzen Feldmark habe.[2]) Wirkliches Einzeleigentum finden wir nur bei den Königen und Fürsten, welche an der allgemeinen Ackerauslosung nicht Teil nahmen, sondern von jeher geschlossene Edelgüter hatten, die zunächst als Ausstattung des Amtes galten, allmählich aber den Charakter erblichen Geschlechtsbesitzes, also wirklichen Eigentumes annahmen.[3])

Wann sich der Übergang von der Einzelnutzung zum Einzeleigentum in den germanischen Landen vollzog, entzieht sich unsrer sicheren Kenntnis. Soviel nur ist sicher, dass das Gemeineigentum streckenweise noch bis in das späte Mittelalter sich erhielt, ja selbst in der Jetztzeit gibt es noch wie z. B. auf dem Hundsrück in den Kreisen Ottweiler

---

1) Tac. Gerur. cap. 26.

2) *Hanssen* a. a. O. S. 3.

3) *Schröder* a. a. O. loc. cit. *Engels* der Ursprung der Familie S. 143 u. 146.

und Saarlouis einige Bürgermeistereien, welche noch unzerteilte Gemeinschaft des Grundeigentumes besitzen.[1])

Auch die römische Geschichte kennt in ihren Anfängen einen gemeinschaftlichen Grundbesitz. Romulus soll die ersten Landteilungen an Einzelne vollzogen haben. Doch finden wir noch späterhin das Staatsland im gemeinsamen Besitze, allerdings nur der Patrizier. Der ganze Streit zwischen Patriziern und Plebejern trat in erster Linie hervor als ein Kampf der zurückgesetzten Klasse zur Erlangung eines gleichen Anteils an den Domänengütern, wie die Bevorzugten ihn genossen.[2])

Das Land, in dem auch heute noch ein solches Collektiveigentum in grösserer Ausdehnung sich vorfindet, ist Russland. Dort wird das Ackerland von dem Mir d. i. der Dorfgemeinde, im Collektiveigentum besessen, nur wird es nicht mehr gemeinschaftlich bewirtschaftet, sondern in einzelnen Familienpartieen zur Einzelbewirtschaftung überlassen, indess nur eine Reihe von Jahren, um sodann einer weiteren Verlosung und Verteilung zu unterliegen.[3]) Auch in Serbien und Bulgarien finden wir heute noch den kommunistischen Grundbesitz der Zádruga[4]), ebenso bei der Dessa, der javanischen Dorfgemeinde, wo periodisch alle 1—3 Jahre die Reisfelder familienweise verteilt werden.

---

[1]) *Hanssen* a. a. O. S. 31, *Kohler* in kritische Vierteljahrschrift Bd. XXIII S. 26.

[2]) *Ihering* Geist des römischen Rechtes Bd. I § 14, *Kolb* Kulturgeschichte der Menschheit Bd. I S. 308.

[3]) *Kohler* a. a. O. S. 26.

[4]) *Maxim Kovalevsky,* »tableau etc. de la famille et de la propriété, Stockholm 1890. S. 60—100.

So war denn das Ackerland in Alleineigentum übergegangen, aber gemeinsam blieben Wald und Weide, Wasser und Luft. Der Grund dafür, dass nicht auch diese in Einzeleigentum übergingen, lag in ihrer natürlichen Beschaffenheit. Bei der fliessenden Wasserwelle, bei der flüchtigen Luftsäule lässt schon der Mangel fester, körperlicher Grenzen kein Eigentum zu.[1]) Bei Wald und Weide[2]), die sich in unermesslichen Dimensionen erstreckten, war ursprünglich die unbegrenzte Ausdehnung ebenso der Hinderungsgrund für eigentumsmässigen Besitz. Als freilich die fortschreitende Urbarmachung immer engere Grenzen zog, gelangte auch hier das Einzeleigentum zum Siege.

Das römische Recht bezeichnet diese, dem Alleineigentum entzogenen Dinge als res omnium communes. Damit ist aber nur ausgedrückt, dass hieran ein Gemeingebrauch Aller besteht, nicht etwa ein ideelles Eigentum der Gesammtheit im juristisch technischen Sinn. Denn auch von einem Gesammteigentum kann da keine Rede sein, wo es überhaupt kein Eigentum gibt. Die natürliche Beschaffenheit lässt eben den rechtlichen Begriff des Eigentumes auf diese Dinge unanwendbar erscheinen; ein eigentümlicher Besitz ist nur an einer körperlich fest begrenzten Sache möglich. Was aber mangels fester, körperlicher Grenzen als Ganzes nicht festhaltbar ist, das muss auch der Möglichkeit eines Eigentumes daran entbehren.[3]) Allerdings

1) Archiv für praktische Rechtswissenschaft *(Emminghaus)* Bd. VIII S. 494. *Kappeler* der Rechtsbegriff des öffentlichen Wasserlaufs.

2) *Grimm* Rechtsaltertümer Bd. II S. 497 ff.

3) *Heimbach* sen. in *Weiske* Rechtslexikon, Bd. 14, S. 101, *Regelsberger* Pandekten, Bd. I, S. 407.

erkennt das klassische römische Recht eine solche Eigentumslosigkeit nur bei Wasser und Luft an, aber es unterliegt keinem Zweifel, dass ursprünglich auch die italienischen Wälder dem Gemeingebrauch unterworfen waren und erst später aus forstwirtschaftlichen Rücksichten der Gemeinnutzung entzogen wurden.

Das römische Recht ist bezüglich der aqua profluens stets bei dem Standpunkte der res omnium communis beharrt und mit vollem Rechte kann daher *Endemann*[1]) behaupten: „der Mangel eines jeden Sondereigentums an dem Wasser ist durchweg die Grundlage der römischen Theorie."

In den Quellen, in J II § 1 ist gesagt: „Et quidem naturali iuri communia sunt omnium haec; aer, aqua profluens et mare" und dann weiter in § 2: „flumina autem omnia publica sunt." Das kann aber nicht, wie behauptet worden ist, heissen: reipublicae sunt, d. h. sie stehen im Eigentum des Staates, sondern nur, dass sie dem usus publicus dienen. Der usus publicus hier im Gegensatz zur omnium communitas bedeutet, dass an den Flüssen nicht der allgemeine, natürliche Gesammtgebrauch aller Menschen wie am Meere, sondern nur ein Gebrauch aller Staatsgenossen bestand. Nur die Staatsbürger durften fluminibus publicis uti.[2])

Sicherlich ist aber res publica in diesem Sinn nicht gleich bedeutend mit res fisci. Der Fiskus ist nicht Eigen-

---

[1]) *Endemann*, ländliches Wasserrecht, S. 4, *Stobbe*, deutsches Privatrecht. Bd. I, § 64, *Regelsberger* a. a. O. S. 433.

[2]) *Endemann*, a. a. O. S. 4, *Regelsberger* a. a. O., S. 420.

tümer der öffentlichen Flüsse[1].) Denn an einer Sache, die ihrer natürlichen Beschaffenheit nach unfähig ist, eigentümlich besessen zu werden, kann auch der Staat nicht Eigentum besitzen. Mit Unrecht beruft sich *Dernburg*[2]) für die gegenteilige Ansicht auf l 1 pr. Dig. 43, 1. Dort heisst es: „Quae sunt sunt nullius, haec sunt liberae personae . . . , quae sunt alicuius, haec sunt aut publica, aut singulorum.“ „Quae sunt alicuius“ heisst hier nicht: „sie stehen im Eigentum Jemandes“, sondern nur: „sie sind Gegenstände privatrechtlicher Ansprüche“, wogegen dann liberae personae nullius sunt, d. h. freie Personen können überhaupt nicht Objekte privatrechtlicher Ansprüche sein.

Ebenso unrichtig ist die Schlussfolgerung aus Digestenstellen z. B. aus L 1 § 7 Dig. 43, 14, L 13 § 7 Dig. 47, 10, in denen von einer Verpachtung von Gewässern durch den Staat oder durch Gemeinden sowie andere öffentliche Corporationen die Rede ist, dass diese Verpachtung einen Beweis für das Eigentum des Staates bilde. Diesem Argument ist vor Allem entgegenzuhalten, dass der Verpächter einer Sache durchaus nicht Eigentümer derselben zu sein braucht.[3]) Man denke z. B. an die heutige Verpachtung der Jagd durch die Gemeinden, wo in forstwirtschaftlichem Interesse die Gemeinde lediglich als Repräsentantin ihrer jagdbares Grundeigentum besitzenden Mitglieder, als gesetzliche Stellvertreterin der Jagdberechtigten

---

[1]) contra Entsch. des R.-G. Bd. III, S. 233, pro *Heimbach* sen., a. a. O., S. 102.

[2]) *Dernburg*, Pandekten, 2. Aufl. Bd. I, S. 165, Anm. 4.

[3]) Entsch. des R.-G. Bd. III, S. 249.

die fructus dieser Grundstücke — denn als solche muss die Jagd angesehen werden — öffentlich verpachtet.[1]) Selbst wenn man daher zugeben würde, dass eine Verpachtung von öffentlichen Gewässern schon im römischen Rechte stattgefunden habe, so wäre auch dann noch die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, dass der Staat oder die Gemeinde nur aus finanzpolitischen resp. polizeilichen Gründen als Repräsentant der Allgemeinheit der Verpächter sei, nimmermehr aber kraft Eigentumes.

Aber meines Erachtens hat eine Verpachtung von öffentlichen Gewässern in Rom niemals stattgefunden. Beleg hiefür ist nun gerade die Stelle, welche Anderen als Beweis für die gegenteilige Ansicht dient, nämlich die L un. Dig. 43,14. Hier wird zuerst in den §§ 2—4 definiert, was ein See, ein Teich, ein Graben ist. Dann heisst es weiter im § 6: „Possunt autem etiam haec esse publica.“ Alle diese Dinge können also auch öffentliche sein d. h. gewöhnlich sind sie es nicht, in der Regel stehen sie im Privateigentum. Und wenn nun letzteres der Fall ist, wenn also ein solcher See, ein solcher Teich etc. ein Privatsee etc. ist, aber der Privateigentümer der Fiskus ist, oder die Gemeinde, dann soll ob vectigalis favorem es geradeso angesehen werden, als ob die res fisci eine res publica sei und der Pächter erhält ein polizeiliches Interdikt.[2]) Wer vom Staate als Privateigentümer gepachtet hat, geniesst eben ein Privileg, gerade so wie z. B. partikulär der vom

---

[1]) *Rehm*, rechtliche Natur der Gewerbekonzession, S. 29.

[2]) cf. L 11, § 1, Dig. 43,24: „res municipum sit quas, publicata.“

Staate Kaufende rechtlich bevorzugt ist. Die L 13, § 7, Dig. 47,10: „si forte publice hoc conduxit“ steht dieser Auffassung nicht entgegen.

Auch im älteren deutschen Rechte hat der Gedanke obgewaltet, dass die fliessende Wasserwelle in niemandes Eigentum stehe, sondern Gemeingut Aller sei. Im Sachsenspiegel[1]) z B. heisst es: „Swilz wazzer strâmes vlûzet, daz ist gemeine zu varende und zu vischende inne.“ Eine Änderung brachte erst das Aufkommen des Regalitätsgedankens. Das Bestreben, das geschmälerte Dominialeinkommen zu ersetzen, führte dahin, dass alle herrenlosen Güter für Krongut erklärt wurden.[2]) Man erkannte dem Landesherrn ein allgemeines Bodenregal zu, kraft dessen derselbe überall im Reiche Wildbänne abgrenzen und dadurch das Recht des freien Tierfanges für sich vindizieren konnte.[3]) Was res nullius war, wurde Eigentum des Regenten.[4]) Nicht nur Wald und Wasser, sondern auch die Luftsäule wurden für Dominialgut erklärt. Bezüglich des Wassers fand man zudem einen Stützpunkt im langobardischen Lehensrechte, welches dem Regenten das Recht zusprach, Zölle an öffentlichen Flüssen zu erheben.[5]) Über-

---

[1]) *Sachsenspiegel,* II, A 28, § 4.

[2]) *Stobbe*, deutsches Privatrecht, Bd. I., S. 607, *Meurer*, Wasserrecht: »dass etliche Flüsse regal, etliche banal seien, regal diej., wo der Kaiser Zoll erhebt, Fischerei erlaubt und den Gebrauch reguliert.«

[3]) *Schröder*, a. a. O., S. 189.

[4]) Baron in Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Jahrg. 1878, I, S. 283.

[5]) Archiv für civ. Praxis Bd. XII, S. 275, Regalgesetz Kaiser Friedrich I., II Feud. cap. 5.

haupt fand man eine juristische These, um das ganze Regalitätssystem zu begründen, indem man erklärte, durch Verjährung über Menschen Gedächtnis seien alle Flüsse den Fürsten eigentümlich zugefallen. [1])

Es ist das eben die Zeit der privatrechtlichen Auffassung der Hoheitsrechte, wo man die tiefgehende Kluft zwischen öffentlichem- und Privatrecht nicht erkannte, sondern das gesammte öffentliche Recht gewaltsam in die Normen des Privatrechtes zu zwängen suchte. [2]) Eines der Folgen davon war, dass man die Territorialitätshoheit zu Privateigentum des Landesherrn an gesammtem Grund und Boden seines Gebietes stempelte. [3])

So enstand die Lehre vom Eigentum zunächst des Regenten und später des Staates am fliessenden Wasser und man hat an dieser Lehre bis in die neueste Zeit festgehalten, obwohl das moderne Staatsrecht die ganze Theorie vom Eigentum des Fürsten oder des Volksganzen am Landesboden längst über Bord geworfen und dadurch auch der Lehre vom Eigentum des Staates an den öffentlichen Flüssen den Rechtsgrund entzogen hat. Nach zahlreichen Autoren soll das Eigentum des Staates an den Flüssen auch gemeinrechtliche Institution geworden sein. [4]) Man stützt diese Ansicht vor Allem auf Gewohnheit und Gerichtspraxis, obwohl letztere Theorie zu allen Zeiten zahlreiche Gegner gefunden hat und auch heute noch von zahlreichen

---

[1]) *Oettinger:* »Discursus vom Meer, Fischwasser, Flüssen etc.

[2]) *Gerber*, deutsches Privatrecht 8. Aufl. § 74.

[3]) *Gerber*, a. a. O. § 67, S. 158, *Heimbach* sen. a. a. O. S. 121.

[4]) *Stobbe, Gerber,* auch *Hesse* in *Iherings* Jahrb. Bd. VII, S. 269 ff.

Schriftstellern [1]) nur als partikularrechtliche Institution zugelassen werden will. Der ganze Streit hierüber erscheint jedoch inhaltslos, wenn man an dem Satze festhält, dass das Wesen der aqua profluens die Möglichkeit eines Eigentumes daran ausschliesst. Denn was von Natur aus unmöglich ist, kann auch nicht durch rechtliche Satzung als bestehend dekretiert werden.

Die meisten neueren Partikulargesetze haben jedoch diesen Grundsatz ausser Acht gelassen und dem Staate das Eigentum an den öffentlichen Flüssen zugesprochen. [2]) Dieser Thatsache gegenübsr hat man sich mit der vermittelnden Behauptung abzufinden gesucht, dies sei kein Privateigentum, sondern nur ein Eigentum, welches der Staat namens Aller trage. [3]) *Keller* hat dafür den schönen Namen „publicistisches" Eigentum gefunden. [4]) Nach der Theorie von der Eigentumsunfähigkeit der aqua profluens (im passiven Sinn) ist und kann aber dieses angebliche Eigentum nichts anderes

---

1) *Schwab*, Conflikte der Wasserfahrt auf den Flüssen S. 45, *Mittermaier*, im Archiv für civ. Praxis Bd. XXIII, S. 149, *Heimbach* sen. a. a. O. S. 125.

2) z. B. preussisches Landrecht II, 14, § 2, bayr. Wasserbenützungsgesetz, Art. 1.

3) *Endemann* a. a. O. S. 6, siehe die Literatur bei *Regelsberger* a. a. O. S. 423.

4) *Keller*, Rechtsgutachten, die Festungswerke der Stadt Basel betr., Erwiderung. *Roth*, bayr. Civilr. Bd. III. S. 154, Note 52, »Staatseigentum und Staatsprivateigentum« *Schwab*, a. a. O., S. 32, »Eigentümer im öffentlich rechtl. Sinne« und Privateigentümer, preussisches Landrecht II, 14, §. 21: »gemeines Eigentum des Staates.«

sein als die polizeiliche Oberaufsichsbefugnis, als das staatliche Hoheitsrecht.[1])

Diese administrative Seite der Staatsgewalt, wo der Staat als Repräsentant der Allgemeinheit, als Vertreter der Interessen seiner Angehörigen thätig wird, war im römischen Recht wenig entwickelt. Das römische Recht überlässt den Schutz gegen Gefährdung auch allgemeiner Interessen der Privatthätigkeit und gibt ihr durch die Popularklagen das Mittel, Eingriffe abzuwehren. Aber im heutigen Staatsleben, in einer Zeit, die von den heftigsten und weite Volksschichten berührenden Interessenkämpfen durchtobt ist, muss der Abwehrversuch der Privaten zu ohnmächtig erscheinen und der Staat als Vertreter der Allgemeinheit den Schutz übernehmen. Wie sehr sich auch die staatlichen Befugnisse dadurch erweitern mussten und einzelne Rechte, welche sonst den Privaten zustanden, an sich rissen, so ist doch daran festzuhalten, dass solche Rechte nur insoweit, als sie rein polizeilicher Natur waren, auf den Staat übergingen, während wirkliche Privatrechte den Einzelnen verblieben. Dies zeigt sich gerade bei den Popularklagen, bei denen heute die polizeiliche Funktion auf den Staat übertragen ist, während ihre private Seite, der Entschädigungsanspruch, den Privaten geblieben ist. Das administrative Hoheitsrecht des Staates ist daher trotz seiner erweiterten Genzen ein Inbegriff rein polizeilicher Befugnisse geblieben, ohne irgend welche privatrechtliche Gewalt.

---

[1]) *Windscheid,* Pandekten I, § 146, *Bluntschli,* Staatsrecht II, S. 385, *Heimbach* sen., a. a. O., S. 119.

II.

Das Fischereirecht.

Das Recht zu fischen war ursprünglich im römischen Rechte iure gentium, id est iure naturali[1]) begründet; wie Vogel und wildes Tier war der Fisch res nullius und fiel deshalb primo occupanti anheim. Den Grund hiefür bildet die Thatsache, quod eorum natura fera est,[2]) d. h. ihr flüchtiges Wesen lässt sie in ihrer natürlichen Bewegung unfähig erscheinen, eigentümlich besessen zu werden.

Später tritt ein anderer Gesichtspunkt zu Tage. Derselbe Institutionentitel sagt in seinem § 2: „Flumina autem omnia et portus publica sunt; ideoque ius piscandi omnibus commune est in portu fluminibusque.“ Hier wird der Fischfang als usus des flumen publicum aufgefasst und das Recht zu fischen erscheint als Ausfluss des usus publicus.[3])

Pomponius und *Ulpian* dagegen fassen den Fischfang als usus fructus aquae auf.[4]) Dann lässt sich aber die Berechtigung Aller, die omnium communitas nur erklären, wenn man die öffentlichen Flüsse als res nullius betrachtet. Nimmt man dagegen die Wasserstrassen als im Eigentum

---

[1]) J II 1 § 11.

[2]) eod. § 12.

[3]) *Stobbe*, deutsches Privatrecht. 3. Aufl. I S. 615.

[4]) L. 9 § 5 Dig. 7, 1. L. 23 Dig. 7, 4. L. 10, § 3 eod.

des Staates stehend an, so müsste der Niessbrauch daran auch dem Staate anheimfallen und dieser allein hätte das ius piscandi; denn der Niessbrauch an öffentlichen Sachen ist durchaus nicht wie der usus ein Allen gemeinsamer, sondern steht dem Eigentümer derselben zu,

Folgt man dagegen der anderen Ansicht, dass die öffentlichen Flüsse in niemandes Eigentum stehen, so sind natürlich die fructus einer res nullius ebenfalls res nullius und gehen desshalb in das Eigentum des ersten Besitzergreifers über.

Das römische Recht ist bei der Freiheit des Fischens in öffentlichen Gewässern stehen geblieben. Nur konnte, wie wir später sehen werden, der Kaiser ein den Gemeingebrauch einschränkendes Recht als Privileg verleihen. Die Ansicht, dass eine Verpachtung des Fischfanges in fluminibus publicis (nicht in fiskalen Privatflüssen) stattgefunden habe, ist bereits oben widerlegt.

Auch das deutsche Recht erkannte ursprünglich das ius piscandi als ius omnium commune an. Beleg hiefür ist die schon erwähnte Stelle des Sachsenspiegels. Auf demselben Standpunkte steht der Schwabenspiegel[1]): „Dô got den Menschen geschuof, dô gap er im gewalt über vische unde über vogel unde über wildiu tier. da von hant die künige gesetzet, daz niemand sînen lîp noch sînen gesunt mit diesen dingen mac verwürken. doch hant die herren panforste. . . . .“ Auch das langobardische Recht[2]) erkannt noch das freie Okkupationsrecht an der fera an, zu

[1]) Schwabenspiegel 197.

[2]) Edicta regum Langobardorum cap. 299 und 314.

der wohl auch der Fisch gehört und verbietet nur das Fischen in piscari aliena.

Später kam das Regalitätssystem, wonach die Fischerei in den öffentlichen Flüssen im Zweifel allgemein als Regal galt,[1]) welches aber nicht gemeinrechtliches Institut wurde.[2]) Auch heute noch muss gemeinrechtlich die Fischerei als freies, allgemeines Okkupationsrecht angesehen werden.[3])

Dieser Satz gilt auch dann noch, wenn die Ausübung der Fischerei von Lösung einer Fischereikarte abhängig gemacht ist. Denn ein solcher Schein trägt entweder nur den Charakter einer Besteuerung oder er dient zur polizeilichen Ueberwachung, gerade um durch Uebergriffe einzelner den Gemeingebrauch nicht gefährden zu lassen.[4]) Die gewährte Erlaubnis ist eine lediglich polizeiliche und begründet nur eine öffentliche Berechtigung, sie schafft also kein Privatrecht, sondern lässt nur die Ausübung eines schon bestehenden Rechtes zu. Quivis ex populo hat — sobald er die Bedingungen der Erlaubniskarte erfüllt —

---

1) Constitutio Friderici I a. 1158 (bei Pertz Monum. Germ. II p. 111.) *Schröder* a. a. O. S. 520, *Waitz*, deutsche Verfassungsgeschichte VIII. S. 263.

2) *Stobbe* a. a. O. I S. 608, *Schwob* a. a. O. S. 17, contra: *Roth* a. a. O., Bd. III S. 155 u. Entsch. des bayr. O. L. G. XIII S. 578: „nach gem. deutschem Privatrecht gilt die Regalität der Fischereigerechtigkeit in öffentlichen Flüssen als Regal.“ *Gerber* a. a. O. § 67 u. 94. *Maurenbrecher*, deutsches Privatrecht § 180 N. 5, 6. *Sintenis* Civilrecht I § 40 N. 44.

3) *Hesse* in *Ihering*'s Jahrb. VII S. 269, *Kori* im Archiv f. civ. Pr. Bd. XIII S. 46.

4) *Rehm* rechtl. Natur der Gewerbekonzession S. 29.

Anspruch auf ihre Verleihung. Nach bayerischem Recht[5]) bedeutet die Fischereikarte weiter nichts als eine Legitimation.

Der Entwurf überlässt die Materie des Fischereirechtes der Regelung durch die Landesgesetzgebung.

---

[5]) Fischereiordnung vom 4. Oktober 1884 § 18.

III.

Privileg und staatliche Concession.

Privilegien können einem Einzelnen vor den Anderen oder gegen Andere verliehen werden, d. h. entweder geben sie dem Beliehenen nur eine bevorzugte Stellung, ohne die Interesse Dritter zu schädigen, oder aber sie beschränken und verkürzen zugleich die Rechte Anderer. Zu ersterer Art gehören z. B. die Sonderrechte des hohen Adels, zu der letzteren das Privilegium des Fideikommisses, insoweit es das Fideikommisgut den Eingriffen der Gläubiger entzieht.

Privilegien, welche in die Rechtsphäre Dritter störend eingriffen, und so auch diejenigen, welche den usus publicus beschränkten, konnten nach römischem Rechte nur lege, senatusconsulto, edicto decretove principum[1]) verliehen werden, also nur durch die gesetzgebende Gewalt. Dieser Grundsatz gilt auch heute noch mit vollem Recht. Denn jedes derartige Privileg wirkt dem Dritten gegenüber als Expropriation, es ist ein Eingriff in die verfassungsmässig garantierte Freiheit seines Eigentumes.

Blosse Vorrechte dagegen, welche die Rechte Anderer nicht tangieren, werden in vielen Staaten vom Staatsoberhaupt ohne Beiziehung der gesetzgebenden Faktoren verliehen.

---

[1]) L 2 pr. Dig. 43, 8.

Ganz verschieden vom Privilegium ist die Concession, welche lediglich eine Institution des öffentlichen Rechtes ist. Sie beruht auf dem polizeilichen Hoheitsrechte des Staates. Sie kann niemals wie das Privilegium Privatrecht schaffen[1]), sondern sie gewährt nur die Möglichkeit zur Ausübung eines schon bestehenden Rechtes. Auch wo die Ausübung eines Rechtes von vorheriger Concessionserteilung abhängig ist, ist die privatrechtliche Grundlage dieses Rechtes stets das Princip der allgemeinen Rechtsgleichheit, derzufolge das zur Ausübung kommende Recht cuivis ex populo oder doch einem Jeden aus einem individuell nicht beschränkten Kreise zukommt. Denn die Befugnis, von seinen persönlichen und materiellen Kräften jeden beliebigen Gebrauch zu machen, durch welchen man nicht verletzend in eine fremde Rechtssphäre eingreift, muss als ein Ausfluss der natürlichen Freiheit angesehen werden.[2])

Die Gewährung der Concession hat lediglich die Bedeutung, dass der Ausübung der dem Petenten durch das Privatrecht gewährten Befugnis ein im öffentlichen Interesse zu berücksichtigendes Hindernis nicht im Wege steht.[3])

Schon für das römische Recht, in dem die rein administrative Thätigkeit des Staates bei weitem nicht den Umfang und die Bedeutung wie im heutigen Staatsleben

---

1) cf. Dagegen Entsch. d. R. G. Bd. 23, S. 154: „Durch die staatliche Concession erlangt der Concessionsträger ein Privatrecht in den verliehenen Grenzen."

2) *Schmid* im Archiv für civile Praxis. Bd. 44, S. 3 ff.

3) *Rehm*, rechtliche Natur der Gewerbeconcession 1889.

erlangt hatte,[1]) hat *Savigny*[2]) diesen grundsätzlichen Unterschied zwischen dem Allen zustehenden Privatrecht und der administrativen Ausübungsbefugnis herausgefühlt. Er nennt diese von der Staatsgewalt gewährte Erlaubnis ein Recht, das nicht unmittelbar auf dem Boden des Privatrechtes entsprungen ist, sondern aus einer publicistischen Einwirkung auf das Privatrecht herrührt. Um so mehr muss nach dem im heutigen Verfassungsrechte bestehenden Princip der Rechtsgleichheit daran festgehalten werden, dass Privatrechte nicht durch einfachen, administrativen Rechtsakt verliehen werden können, sondern dass dadurch nur die Befugnis zur Ausübung eines schon bestehenden Rechtes erteilt wird. Moderne Gesetze heben diesen Unterschied scharf hervor.[3])

Manche Schriftsteller,[4]) welche einen Unterschied zwischen Privileg und Concession nicht hervorheben, stehen zwar auch auf dem Standpunkte, dass das ihrer Meinung nach auch durch die Concession geschaffene Privatrecht nur auf dem Wege der Gesetzgebung verliehen werden könne, und konstruieren für den Fall, dass eine nur mit administrativer Gewalt ausgestattete Staatsbehörde die Befugnis gewährt, eine stillschweigende Delegation, kraft welcher für diesen Fall der Gesetzgeber seine rechtserzeugende Kraft auf die Administrativbehörde übertragen

---

1) *Ihering,* Geist des röm. Rechtes. I. Aufl. II, 1, § 28.

2) *Savigny*, System IV, S. 483 ff.

3) bayr. Ges. vom 30. März 1850 die Ausübung der Jagd betr. Art. 1, »Jagdrecht, Art. 4, Jagdausübungsrecht.«

4) z. B. *Windscheid,* Pandekten, § 136.

habe. Aber eine solche Delegation kann nicht als stillschweigend geschehen mittels einer willkürlichen Fiktion angenommen werden, sondern eben nur da, wo sie ausdrücklich vom Gesetze ausgesprochen worden ist.

In Rom übte das Aufsichtsrecht über die öffentlichen Gewässer der princeps aus. Er erteilte auch die Erlaubnis zu bevorzugter Benutzung derselben, aber nur insoweit der usus publicus nicht dadurch gestört wurde, si sine iniuria alterius id fiat.[1]) Ja er konnte sogar eine noch weiter gehende, andere Rechte ausschliessende Ermächtigung gewähren, aber beides geschah nicht auf Grund seines polizeilichen Aufsichtsrechtes, sondern kraft seiner Stellung als gesetzgebende Gewalt. Einen klaren Beweis bildet hiefür die L 3, § 4, Dig. 43,24, wo es heisst: „si praesidi locorum publicorum procuratio data est, concessio (= ius concedendi) non data est . . . . si non lex municipalis ei amplius concedat. Sed si a principe . . . . idem erit probandum.[2])

Diesen Unterschied zwischen dem princeps als Inhaber der polizeilichen Exekution und als legislativem Faktor hat man vielfach übersehen. Beim absoluten Herrscher fliesst Concession und Privileg leicht in einander über. Aber im konstitionellen Staat, wo Gesetzgebung und Verwaltungsthätigkeit streng geschieden sind, muss man daran festhalten,

---

[1]) L 2, § 10 u. § 16, Dig. 43,8, L 17 i. f., Dig. 8,3.

[2]) Jede Beschränkung des Gemeingebrauches konnte nur durch den Gesetzgeber erfolgen. L 2, Dig. 43,12: Quominus ex flumine publico ducatur aqua nihil impedit, nisi imperator aut senatus id vetet, quo facto (Baron'sche Lesart s. Zeitschr. für vergl. Rechtswissenschaft 1878, I., S. 272 n. 15) ea aqua in usu publico non erit.

dass die Concession nur einen polizeilichen Charakter trägt und dass sie dem Beliehenen ein Privatrecht nicht gewähren kann. Noch weniger aber darf durch die Erteilung der Concession einem Dritten ein Anspruch entzogen werden, welcher durch die Normen des Privatrechtes gewährleistet ist.[1]) Der Anspruch des Geschädigten gegen den Verletzer darf deshalb durch den Umstand, dass letzterer eine Concession besitzt, in keiner Weise berührt werden. Denn andernfalls würde man die Verwaltungsbehörde zum Richter über Privatrechtsverhältnisse erheben.[2])

Leider hat das positive Reichsrecht diesen Grundsatz verlassen. Die Gewerbeordnung[3]) bestimmt in ihrem § 19, dass Einwendungen gegen die Concessionserteilung, welche auf besonderen privatrechtlichen Titeln beruhn, zur richterlichen Entscheidung zu verweisen seien. Ursprünglich hiess es: »Einwendungen, welche privatrechtlicher Natur« sind. Man dachte durch die jetzige Fassung diejenigen Rechtsmittel aus dem Privatrechte, welche mehr polizeilichen Charakter tragen, vom Rechtswege auszuschliessen,[4]) vor

[1]) Entsch. d. bayer. O. L. G. Bd. XI S. 380. ff.

[2]) *Seuffert's* Archiv Bd. XXII N. 10, *Hesse* a. a. O. S. 289, *Schwab* a. a. O. S. 240 contra: *Weiske* Rechtslexikon Bd. X S. 236, *Endemann* a. a. O. S. 27.

[3]) Der § 6 der G. O., nach welchem letzteres Gesetz auf die Fischerei keine Anwendung finden soll, kann natürlich hier, wo es sich um die privatrechtliche Entschädigung der Fischereiberechtigten handelt, nicht in Betracht kommen, da diese Bestimmung nur den Zweck verfolgt, die Ausübung der Fischerei und namentlich die Concessionsfrage dem Landesrecht zu überlassen.

[4]) Verh. des Reichst. 1869 S. 281, 15. Sitz.: Abgeordneter Dr. *Bahr*: »Ich glaube, dass aus meinem Antrag sich ergibt, wie gerade durch

Allem die Einsprüche aus dem sogen. Nachbarrechte. Aber die heutige Fassung schneidet viel tiefer in das Privatrecht ein, als man wohl gedacht hat, namentlich dadurch, dass man im Gegensatz zu § 17 den Nachdruck auf „besondere“ gelegt hat. Damit können nur iura quaesita gemeint sein d. h. solche Rechte, welche bestimmten Rechtssubjekten zustehen, nicht aber solche, welche ganz im Allgemeinen zukommen, welche Allen denjenigen zustehen, die in ein gewisses Rechtsverhältnis treten. Den Gegensatz zu besonderen privatrechtlichen Titeln bilden eben allgemeine privatrechtliche Titel, das sind vor Allem sämmtliche Ansprüche, welche sich aus irgend einem ius omnium commune ergeben, welche iure scilicet civitatis, non quasi propria cuiusque begründet sind.[1]) Mit vollem Rechte konnte daher in der Sitzung vom 25. Mai 1869[2]) der Abgeordnete von *Dörnberg* sagen: „Nach meinem Dafürhalten ist das eine ganz unerhörte Ausnahme von unsren gesammten ver-

---

das öffentliche Skrutinium, welches über die Zulässigkeit einer Gewerbeanlage geführt werden soll, einigermassen der privatrechtliche Schutz, der im bisherigen Rechte gegeben war, ersetzt werden soll und in diesem Sinne kann man sagen: »Die Einwendungen privatrechtlicher Natur, welche auf dieser allgemeinen gesetzlichen Grundlage beruhen, werden in der That dadurch berührt«.

[1]) L 2 § 2 Dig. 43, 8: ‘Loca utique publica privatorum usibus deserviunt, iure scilicet civitatis, non quasi propria cuiusque«.

[2]) Verhandl. des Reichstages 1869 Bd II S. 1068, siehe auch Rede des Abgeordneten *von Bormuth*: »Ich habe (durch die Fassung: welche privatrechtlicher Natur sind) nur das Rechtsprinzip wahren wollen, dass die Privatrechte nicht blos in dem exceptionellen Falle, wo sie auf privatrechtlichen Titeln beruhen, sondern überhaupt in ihrem ganzen Umfange geschützt werden müssen«.

fassungsmässigen Zuständen, dass die Verwaltungsbehörde über dergleichen Privatrechte entscheiden soll.«

Der § 26 l. c. beweist sodann, dass man nicht nur die polizeilich gefärbte Hinderungs- resp. Verbietungsklage, sondern auch die rein private Klage auf Schadensersatz vom Rechtswege ausschliessen wollte. Denn gerade dadurch, dass sie in der singulären Bestimmung des § 26 für Einwirkungen auf Grundstücke zugelassen ist, erscheint sie e contrario in anderen Fällen ausgeschlossen. [1] u. [2]

So sind denn thatsächlich durch die unglückliche Fassung des Gesetzes alle Ansprüche, welche sich aus einem ius omnium commune ergeben, vom Rechtswege eximiert. [3]

Selbstverständlich ist auch eine Klage gegen den Staat als Erteiler der Concession nicht zulässig, weil diesem das

---

[1] Ebenso *Hesse* Rechtsverhältnisse etc. S. 350, der diesen Grundsatz schon für das römische Recht aufstellt, mit der Begründung, dass durch die obrigkeitliche Genehmigung der Unternehmer dem Eigentümer gleichgestellt werde, qui suo iure utitur und in soweit nemini facit iniuriam. Aber abgesehen von der nur beschränkten Richtigkeit letzteren Satzes kann diese Annahme nur richtig erscheinen, wenn man den Staat als Eigentümer der öffentlichen Sachen betrachtet. Denn sonst müsste natürlich der Grundsatz entgegenstehen: »nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet«.

[2] vgl. dagegen Art. 57 des bayr. Wasserbenützungsgesetzes: »Dem Fischereiberechtigten steht kein Widerspruch gegen Anlagen zur Wasserbenützung zu, vorbehaltlich der gerichtlichen Geltendmachung der ihm etwa zustehenden Entschädigungsansprüche«.

Baron in Zeitschr. f. vergl. R. 1878 Bd. I. S. 295 glaubt, dass § 26 auch bei Wasserwerken Platz greife.

[3] contra: Entsch. d. Reichg. Bd. XIII S. 56.

Recht der Concessionsverteilung durch gesetzgeberischen Akt eingeräumt wurde. [1])

---

[1]) so auch *Seufferts* Archiv Bd. 41 S. 112. *Hesse* a. a. O. S. 343 hält nach römischem Rechte einen Anspruch gegen den Staat für ausgeschlossen, weil der Staat ein stärkeres Recht als der einzelne Bürger habe, sobald er etwas im öffentlichen Interesse resp. aus polizeilichen Rücksichten auf öffentlichen Grundstücken unternimmt. Nach heutigem gemeinen Recht sei dagegen eine Entschädigungsklage gegen den Staat zulässig, weil der Staat Eigentümer der res publicae sei.

IV.

Rechtsmittel zum Schutze des Fischereirechtes.

Wer in einem Privatflusse das Fischereirecht beeinträchtigt, der stört einen Andern im Genusse seines Besitzes und ist deshalb durch das interdictum uti possidetis belangbar. [1])

Ebenso ahndet das deutsche Recht das Fischen in eines andern mannes wazzer mit Busse. [2])

Ist ein solches Privatgewässer fiskal oder im Eigentum der Gemeinde, so wird, wie oben ausgeführt, dem Pächter ein utile interdictum de loco publico fruendo gegeben. [3])

Der Fischfang in öffentlichen Flüssen ist, wie wir gesehen haben, gemeinrechtlich immer noch ein ius occupandi omnium commune. Nach römischem Rechte hatte derjenige, der in der Ausübung eines Gemeinrechtes gestört wurde, eine actio iniuriarum, welche nicht nur auf Strafe, sondern — heute sogar ausschliesslich — auf Schadensersatz gerichtet werden kann. [4])

---

[1]) L 13 § 7, L 14 Dig. 47, 10.

[2]) Schwabenspiegel 169.

[3]) *Seufferts* Archiv Bd. 42 N. 32.

[4]) *Dernburg* Pandekten II § 137 Anm. 19, *Windscheid* Pand. II § 472, *Vangerow* Pand. III § 674.

Wo nun gemeines Recht gilt, sind infolge der Gewerbeordnung diese Ansprüche, weil nicht auf besonderen privatrechtlichen Titeln beruhend, vom Rechtswege ausgeschlossen, sobald das schädigende Institut die staatliche Concession erlangt hat. [1])

Anders gestaltet sich die Sachlage nach Partikularrecht, sofern durch letzteres das ius piscandi nicht als Gemeinrecht Aller zugelassen, sondern nur als ius proprium gewährt ist. [2]) Denn Ansprüche aus einem solchen, als einem auf besonderem privatrechtlichen Titel beruhenden Rechte müssen gemäss § 19 G.-O. der richterlichen Entscheidung überwiesen werden.

Als landesgesetzliche Spezialerwerbstitel können in Betracht kommen: Unvordenkliche Verjährung [3]) und landesherrliche Verleihung, Privileg. [4]) In diesen Fällen ist das

---

[1]) *Endemann* ländl. Waserr. S. 26 folgert schon aus dem Umstand, dass die Benutzung des gemeinen Gebrauches Ausfluss des »natürlichen«, nicht Gegenstand eines Privatrechtes sei, die Unmöglichksit eines privatrechtlichen Schutzes dieses natürlichen Rechtes gegenüber Concessionserteilungen.

[2]) z. B. bayr. Landrecht T. II cap. III § 3: »In freien Flüssen, Seen und dergl. offenen Gewässern darf sich Niemand der Fischerei anmassen, es sei denn das Recht aus landesfürstlicher Specialkonzession erworben oder sonst rechtmässiger Weise hergebracht, (Entsch. des b. O. L. G. Bd. 13 S. 569) siehe auch bezüglich des preussischen Rechtes *Gruchot* Beiträge z. E. d. R. Bd. 31 S. 884.

[3]) Schon das röm. Recht kennt die Ersitzung einer Fischereigerechtigkeit, aber nicht in einem öffentlichen Flusse selbst, sondern nur in fluminis publici deverticulo (L 7 Dig. 44, 3, L 45 Dig. 41, 3).

[4]) *Gruchot* a. a. O. S. 884 ff.

erworbene Recht als ein dingliches, servitutähnliches anzusehen. [1])

Zum Schutze desselben sind foldende Klagen denkbar:

Actio legis Aquiliae
Actio in factum
Actio confessoria
Interdictum quod vi aut clam.

Die Frage, ob die actio legis Aquiliae Platz greifen kann, hängt davon ab, ob man dem Fischereiberechtigten ein dingliches Recht auf die in dem Fischwasser befindlichen, noch nicht gefangenen Fische einräumt oder nicht. Die Erörterung über diese vielumstrittene Frage gehört nicht in den engen Rahmen gegenwärtiger Schrift. Ich neige mich der vom bayrischen obersten Gerichtshof [2]) vertretenen Ansicht zu, dass der römische Begriff der Dinglichkeit auf die deutschrechtlichen Fischereiberechtigungen nicht in dem Sinne angewendet werden kann, dass dadurch der Berechtigte an jedem einzelnen Fisch ein dingliches Recht gewinnt, sondern nur in dem Sinn, dass ihm jedem Störer gegenüber eine actio quasi confessoria zu Gebote steht.

Bei dieser Annahme kann natürlich dem so blos scheinbar dinglich Berechtigten die actio legis Aquiliae nicht zu Gebote stehn; allerdings wird diese Klage durch L 27, § 14, Dig. 9,2 auch dem bloss obligatorisch berechtigten

---

1) *Gruchot* Bd. 34 S. 1051. Entsch. g. b. O. L. G. X S. 173 »Der Servitutberechtigte, zu welchem der Fischereiberechtigte wohl gerechnet werden kann«.

2) Entsch. d. b. O. L. G. Bd. XV S. 87, *Seufferts* Archiv Bd. 42 S. 32.

colonus [1]) gegeben, aber natürlich bloss dann, wenn der auctor, von dem der colonus sein Recht ableitet, selbst dinglich Berechtigter ist und selbst die actio legis Aquiliae anstrengen könnte. Da aber der Staat, von dem der Fischereiberechtigte sein Recht ableitet, selbst kein dingliches Recht auf die einzelnen Fische hat und deshalb auch von der actio legis Aquiliae keinen Gebrauch machen könnte, so kann auch dem Fischereiberechtigten diese Klage nicht gewährt sein.

In der älteren Theorie des gemeinen Rechtes half man sich durch ein einfaches Mittel aus der Verlegenheit man gewährte eine actio in factum, indem man auf Grund des § 16 I 4,3 und der L 1, Dig. 19,5 behauptete, letztere Klage könne überall da angestrengt werden, wo weder die Voraussetzungen einer actio legis Aquiliae directa noch indirecta gegeben seien. [2]) Aber die neuere Judikatur [3]) steht durchweg auf dem Standpunkte, dass in dieser Allgemeinheit eine actio in factum nur bei doloser Beschädigung gewährt werden könne.

Dagegen ist nach übereinstimmender Rechtsprechung [4]) ein interdictum quod vi aut clam, welches gemäss L 11 pr. Dig. 43,24 bei Verunreinigung eines Brunnens gegeben

---

1) Neuere Schriftsteller gewähren in extensiver Interpretation die aquilische Klage allen obligatorisch Berechtigten (s. *Dernburg* a. a. O. II § 131). aber nur in subsidiärer Weise, wenn keine andere Klage dem Geschädigten zu Gebote steht.

2) z. B. *Seufferts* Archiv Bd. XVII N. 224.

3) Entsch. d. Reichsg. Bd. IX, S. 159, *Seufferts* Archiv Bd. 42 N. 32.

4) Blätter für Rechtsanwendung Bd. 37, S. 298, *Seufferts* Archiv Bd. V N. 35, Bd. IX N. 293 u. Bd. XXVII N. 232.

wird — natürlich sofern eine vis oder clandestinitas vorliegt — zulässig. Dabei ist zu beachten, dass als vis schon jedes Handeln gegen ein Verbot des Berechtigten gilt.

Ebenso steht, wie oben schon erwähnt, auch die durch die deutschrechtliche Umgestaltung des Servitutenbegriffes eingeführte actio quasi confessoria, welche auch auf Schadensersatz gerichtet werden kann, dem Fischereiberechtigten zu Gebote.

Schliesslich ist noch darauf hinzuweisen, dass man auch nach Landesrecht dem Fischereiberechtigten jeden Entschädigungsanspruch aberkannt hat, [1]) weil der zugefügte Schaden ein ungewisser, also auch unschätzbarer sei und durch L 29, § 3, Dig 9,2 die Geltendmachung eines incertum damnum ausgeschlossen sei. Dort heisst es: „Ubi damni iniuriae agitur, ob retia, non piscium, qui ideo capti non sunt, fieri aestimationem, cum incertum fuerit, an caperentur. Idemque et in venatoribus et aucupibus probandum.“ Aber völlig irre würde man gehen, wenn man aus dieser speziell nur für die actio legis Aquiliae zutreffenden Bestimmung den allgemeinen Grundsatz der Unzulässigkeit eines ungewissen Schadensersatzanspruches folgern würde. Man übersieht nämlich dabei, dass die actio legis Aquiliae im römischen Rechte nur dem Eigentümer zustand. Da es nun in obiger Stelle noch ungewiss ist, ob der geschädigte Fischer überhaupt Eigentümer der entzogenen Fische goworden wäre, indem er ja erst mit dem Fang Eigentum erwirbt, so kann ihm natürlich auch nicht die actio legis Aquiliae zukommen. Die Stelle behandelt also

[1]) z. B. Blätter f. Rechtsanw. Bd. 31 S. 124 i. f.

nur einen Spezialfall, den man mit Unrecht generalisieren würde.

Vielmehr ist durch L 12, Dig. 19,1 klar erwiesen, dass auch ein incertum damnum Gegenstand eines Entschädigungsanspruches bilden kann. Hier heisst es nämlich: „Si iactum retis emero, et iactare retem piscator noluit, incertum eius rei aestimandum est.“ Es ist also auch eine Klage möglich, wenn der Schaden ein unbestimmter ist. [1]) Die Schätzung desselben bleibt dem richterlichen Ermessen überlassen und wird dabei regelmässig die Differenz zwischen den Durchschnittserträgen vor und nach der Schädigung zu Grunde zu legen sein. [2])

Man hat sodann noch eingewendet, es sei eine Vermeidung der Schädigung absolut unmöglich, da eine anderweitige Ableitung der schädigenden Substanzen bei dem jetzigen Stand der Technik nicht stattfinden könne. Aber auch dieser Umstand kann die Haftpflicht nicht beseitigen, indem eben die iniuria damni dati in der Gefährlichkeit des Betriebes gelegen ist. [3])

Eine Übersicht über die auf die Fischerei bezüglichen Bestimmungen der wichtigeren Partikularrechte gibt *Neubauer* in seinen „Zusammenstellungen des in Deutschland geltenden Rechtes“ etc. S. 102—116. [4])

---

[1]) *Seufferts* Archiv Bd. XVII N. 224.

[2]) *Gruchot* Beiträge Bd. XXXIV S. 1054 (1058).

[3]) Entsch. des b. O. L. G. Bd. XI S. 380 ff.

[4]) siehe auch *Pözl* die bayr. Wassergesetze S. 279 und *Baron* in Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. 1878 Bd. I S. 289 ff. und namentlich in desgl. 1880 Bd. II S. 95.

Zum Schlusse mag noch erwähnt werden, dass eine strafrechtliche Verfolgung der die Fischerei schädigenden Anstalten nach geltendem Reichsrecht nicht möglich erscheint. Denn in allen hierher bezüglichen Paragraphen [1]) ahndet das Strafgesetzbuch nur das unberechtigte Fischen. Zur Erfüllung des Thatbestandes dieses Deliktes ist aber erforderlich, dass dem Thäter die Absicht innegewohnt hat, durch seine Thätigkeit Fische zu erbeuten. Es treffen daher diese Bestimmungen nicht zu, wenn der Thäter lediglich Fische vernichtet, ohne die Absicht, sich dieselben zuzueignen.

Dagegen sind durch § 2 des Einf.-Ges. die Vorschriften der Landesgesetze über Verletzung der Fischereigesetze in Kraft erhalten. Soferne also durch die Landesgesetzgebung eine Schädigung der Fischereiberechtigten auch ohne gewinnsüchtige Absicht unter Strafe gestellt ist, besteht noch ein strafrechtlicher Schutz.

Eine Übersicht über den strafrechtlichen Schutz der Fischerei gibt *Staudinger* in seinem: „Fischereischutz durch die Strafgesetzgebung nach deutschem Reichs- und bayr. Landesrecht," eine Sammlung von Entscheidungen Amtmann *A. Wick:* „Entscheidungen deutscher Civil- und Strafgerichte in Fischereisachen."

---

1) § 296, 296a u. 370 Ziff. 4 R. St. G. B.